

In Kooperation mit:
 bitkom e.V.
 BvD e.V.
 davit im DAV
 eco e.V.
 VAUNET

ZD

ZEITSCHRIFT FÜR DATENSCHUTZ

Herausgeber: RA Prof. Dr. Jochen Schneider · Prof. Dr. Thomas Hoeren · Prof. Dr. Martin Selmayr · RA Dr. Axel Spies · RA Tim Wybitul

ARNE KLAAS / TIM WYBITUL (Hrsg.)

DS-GVO-Bußgelder

Neueste Entwicklungen und Hintergründe aus der Praxis

Editorial	477	ARNE KLAAS / EREN BASAR Verlässliche Konturen für die DS-GVO-Bußgeldpraxis?
Interview	478	ARNE KLAAS / MARC PHILIPP WEBER / TIM WYBITUL Drei Blickwinkel auf Geldbußen wegen Datenschutzverstößen
Datenpannen	484	ISABELLE BRAMS Bußgeldrisiken nach Datenschutzvorfällen
Verteidigung	488	TIM WYBITUL / EREN BASAR / TIMO HAGER Die anwaltliche Tätigkeit in Verfahren wegen Geldbußen nach Art. 83 DS-GVO
Konzernhaftung	494	JENS AMBROCK Eltern haften für ihre Kinder
Strict Liability	498	TIM WYBITUL / ARNE KLAAS Generalanwälte am EuGH zu DS-GVO-Bußgeldern
Aufsichtspraxis	502	ALEXANDER ROBNAGEL / MARIA CHRISTINA ROST Eine Geldbuße kommt selten allein
Verfahrensgarantien	508	JOHANNES LAMSFUß / NIKOLAI VENN Unerforschte Territorien zwischen Art. 83 DS-GVO und § 41 BDSG
Bußgeld-Berechnungsmodell	511	MARC PHILIPP WEBER / DANIEL ROTTER / TIM WYBITUL Finale Version 2.0 der EDSA-Leitlinien 04/2022 zur DS-GVO-Bußgeldberechnung

www.zd-beck.de

Seiten 477–516
 13. Jahrgang 1. August 2023
 Verlag C.H.BECK München

Beilage zu
8/2023



0830202012

INTERVIEW

Interview: Drei Blickwinkel auf Geldbußen wegen Datenschutzverstößen

■ Die Verhängung von Geldbußen nach Art. 83 DS-GVO nimmt in der Praxis eine immer wichtigere Stellung ein. Deutsche und andere europäische Aufsichtsbehörden verhängen immer mehr und höhere Bußgelder wegen Datenschutzverstößen. Viele Fragen zur Verhängung solcher Geldbußen sind dabei sehr umstritten. ZD hat mit Dr. Marc Philipp Weber, Tim Wybitul und Dr. Arne Klaas drei Praktiker zum Interview gebeten, die sich in ihrer täglichen Arbeit intensiv mit Sanktionen wegen Datenschutzverstößen befassen. Berufsbedingt haben alle drei Interviewpartner unterschiedliche Perspektiven auf das Bußgeldrecht: Dr. Marc Philipp Weber ist Referatsleiter bei der LfD Niedersachsen. Er war 2022 u.a. mit zwei der größten deutschen Bußgeldverfahren befasst. Tim Wybitul ist Rechtsanwalt und vertritt Unternehmen in behördlichen sowie gerichtlichen Datenschutzstreitigkeiten. Er verteidigt Unternehmen regelmäßig in DS-GVO-Bußgeldverfahren bis hin zu Verfahren über Grundfragen der deutschen Bußgeldpraxis vor dem EuGH und ist zudem Mitherausgeber der ZD. Dr. Arne Klaas ist Strafverteidiger mit einem spezifischen Fokus auf Datenschutzverstöße und berät und verteidigt Unternehmen in und zu Bußgeldverfahren. Die unterschiedlichen Blickwinkel auf die Sanktionierung von Datenschutzverstößen durch deutsche Aufsichtsbehörden ermöglichen einen interessanten Austausch zu den gegenwärtigen und zukünftigen Trends sowie den im Mittelpunkt stehenden Rechtsfragen.

Lesedauer: 21 Minuten

■ The imposition of administrative fines under Art. 83 GDPR is assuming an increasingly important position in practice. German and other European supervisory authorities are imposing more and more fines for data protection violations. Many questions regarding the imposition of such administrative fines are highly controversial. ZD asked three practitioners, Dr. Marc Weber, Tim Wybitul and Dr. Arne Klaas, who deal intensively with sanctions for data protection violations in their daily work, for an interview. Due to their professions, all three interview partners have different perspectives on the law on administrative fines: Dr. Marc Weber is head of unit at the State Office for Data Protection of Lower Saxony (LfD Niedersachsen). Among other things, he was involved in two of the largest German fine proceedings in 2022. Tim Wybitul is a lawyer and represents companies in regulatory as well as judicial data protection disputes. He regularly defends companies in GDPR administrative fine proceedings up to proceedings on fundamental questions of German administrative fine practice before the ECJ and is also co-editor of the ZD. Dr. Arne Klaas is a criminal defence lawyer with a specific focus on data protection breaches and advises and defends companies in and on administrative fine proceedings. The different perspectives on the sanctioning of data protection violations by German supervisory authorities allow for an interesting exchange on current and future trends as well as the legal issues at stake.

ZD: Herr Dr. Weber, Herr Wybitul, Herr Dr. Klaas – bereits vor der Einführung der DS-GVO zogen die hohen Bußgeldandrohungen der DS-GVO die Aufmerksamkeit auf sich. Mittlerweile sind Geldbußen wegen Datenschutzverstößen in der Praxis angekommen. Sie alle drei beschäftigen sich in Ihrer praktischen Arbeit mit datenschutzrechtlichen Bußgeldverfahren – allerdings aus unterschiedlichen Perspektiven. Stellen Sie Ihre tägliche Arbeit den Lesern kurz vor.

Dr. Weber: Die Bußgeldstelle ist ein eigenständiger Organisationsbereich bei der LfD Niedersachsen, der von der Wirtschaftsaufsicht getrennt ist. Jährlich werden in der Regel rund 100 neue Fälle unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Geldbuße geprüft. Die Bußgeldstelle erhält ihre Vorgänge von den Fachreferaten des Hauses, von anderen Datenschutzaufsichtsbehörden, von der Staatsanwaltschaft oder der Polizei. Im vergangenen Jahr erließ die Bußgeldstelle 51 Erstbescheide, mit denen Geldbußen iHv insgesamt rd. 2,2 Mio. EUR festgesetzt wurden. Die Bescheide wurden gegenüber Verantwortlichen aus den Bereichen Gastgewerbe, Handel, Industrie, Finanzdienstleistungen, sonstige Dienstleister sowie gegen natürliche Personen erlassen.

Wybitul: Die zunehmende Aktivität der Bußgeldstellen der Datenschutzbehörden wirkt sich auch auf unsere Tätigkeit aus. Wir

sehen bei unserer täglichen Arbeit immer mehr streitige Verfahren. Die Aufsichtsbehörden machen von ihren umfassenden Kompetenzen häufig Gebrauch und scheuen nicht davor zurück, auch hohe Bußgelder zu verhängen. Nach unserer Erfahrung beginnt die Verteidigung gegen solche Geldbußen häufig bereits bei der Aufdeckung möglicher Schwachstellen, in jedem Falle aber bei der Einleitung eines Verwaltungsverfahrens gegen das Unternehmen. Vieles lässt sich im Verwaltungsverfahren beilegen oder durch eine Verständigung mit der Behörde regeln. Ansonsten kann es bei großen Unternehmen oder Konzernen auf Grund der umsatzorientierten Berechnung von Bußgeldern durch die Aufsichtsbehörden zu sehr hohen Geldbußen kommen. Häufig bleiben für Vorstände und Geschäftsführer dann wenig Alternativen dazu, die Sache streitig durchzufechten. Nach unserer Einschätzung werden wir künftig noch deutlich mehr Bußgeldverfahren vor Gericht sehen. Schon jetzt ist der EuGH zur Klärung einiger Grundsatzfragen aufgerufen. Dieser Trend wird sich voraussichtlich fortsetzen.

Dr. Klaas: Richtig, man bekommt das Gefühl, dass die Aufsichtsbehörden „in Fahrt kommen“. In unserer täglichen Arbeit verteidigen wir Unternehmen gegen den Vorwurf von Datenschutzverstößen. Daneben begleiten wir auch Betroffene und unterstützen bei Beschwerden an die Aufsichtsbehörden. Im praktischen Umgang mit datenschutzrechtlichen Bußgeldver-

fahren stellen wir viele Überschneidungen mit anderen, klassischen wirtschaftsstrafrechtlichen Bereichen an der Schnittstelle zum Verwaltungsrecht fest. Insbesondere die frühzeitige Begleitung von Auskunftersuchen bzw. -verlangen – bereits an der Fragerichtung lässt sich eine mögliche Bußgeldrelevanz erkennen – und ein enger Kontakt mit den Aufsichtsbehörden zahlen sich hier aus. Dabei arbeiten wir als Verteidiger regelmäßig Hand in Hand mit datenschutzrechtlichen Praxen.

ZD: Welche aktuellen Entwicklungen fallen Ihnen derzeit besonders auf? Herr Wybitul, was sind die Schwerpunkte aus Sicht der Unternehmen und ihrer Anwälte?

Wybitul: Wir sehen deutlich mehr Verfahren als in der Vergangenheit. Ich habe den Eindruck, dass die Datenschutzbehörden in den letzten Jahren vor allem viele Verfahren gegen kleinere Unternehmen oder Einzelpersonen geführt haben – und sich nun auch deutlich größere Unternehmen vornehmen. Die Behörden sind dabei nach meiner Beobachtung deutlich besser aufgestellt als früher. Man hat auch den Eindruck, dass sie sich untereinander intensiver austauschen und dass vieles im EDSA, der DSK oder in Arbeitsgruppen abgestimmt wird.

Dabei finden viele Verfahren derzeit – noch – abseits der Öffentlichkeit statt. Es passiert eine ganze Menge, ohne dass die Presse darüber berichtet. Das ist auch kein Wunder. Bei unseren Verfahren wirken wir gegenüber den Behörden etwa intensiv darauf hin, dass es möglichst lange keine Pressemeldungen oder sonstige Kommunikation gegenüber Dritten gibt. Insbesondere wollen wir eine mediale Vorverurteilung unserer Mandanten vermeiden. Nicht selten kann man Verfahren aber auch ganz ohne Presseberichterstattung beilegen. Die Verteidigung muss dabei neben den rechtlichen Fragen auch die Öffentlichkeitswirkung oder die möglichen Reaktionen von Kunden und sonstigen Geschäftspartnern des Unternehmens im Blick haben.

Dr. Weber: Bei der LfD Niedersachsen war 2022 erstmals seit Geltung der DS-GVO ein leichter Rückgang bei den Fallzahlen der Beschwerdeeingänge und Datenpannenmeldungen zu verzeichnen. Ob damit allerdings eine Verstetigung der Fallzahlen eintreten wird, kann derzeit noch nicht beurteilt werden. Jedenfalls befindet sich die Anzahl der Beschwerden (über 2.050) und Datenpannenmeldungen (über 1.100) weiterhin auf einem vergleichsweise hohen Niveau und zeugt davon, dass das Thema Datenschutz nach wie vor in der Öffentlichkeit sehr präsent ist.

Die Anzahl der Bußgeldverfahren und die Gesamthöhe der jährlich verhängten Bußgelder bei der LfD Niedersachsen sind seit Geltungsbeginn der DS-GVO deutlich gestiegen. Zunehmend häufiger finden zudem Durchsuchungen von Wohn- oder Geschäftsräumen iRv Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen Datenschutzverstößen statt. Durchsuchungen gehören mittlerweile zum erprobten Standardinstrumentarium vieler Aufsichtsbehörden, von dem in geeigneten Fällen zur Beweisermittlung Gebrauch gemacht wird. Richtig ist, dass die Aufsichtsbehörden sehr gut vernetzt sind, sowohl auf deutscher als auch auf europäischer Ebene. ZB erfolgt zu Durchsetzungsthemen ein regelmäßiger Austausch iRd „Enforcement Expert Subgroup“ des EDSA.

ZD: Herr Wybitul, Sie haben Verständigungen als Möglichkeit zur Verfahrensbeendigung angesprochen. Wie sind hier Ihre Erfahrungen?

Wybitul: Eine einvernehmliche Beilegung ist oft eine rechtssichere und „geräuscharme“ Möglichkeit zur Beendigung eines

Bußgeldverfahrens. Allerdings gibt es auch Fälle, in denen die Behörde dies nicht möchte. Und auch aus Unternehmenssicht gibt es nicht selten Konstellationen, in denen eine Verständigung nicht in Betracht kommt. Etwa bei für das Unternehmen nicht umsetzbaren Rechtspositionen oder Bußgeldforderungen der Behörde. In Sachverhalten, in denen eine Verständigung in Betracht kommt, muss man an eine Vielzahl von Dingen denken. Sofern parallel noch ein Verwaltungsverfahren läuft, sollte man dieses auch auf eine angemessene Weise beenden. Auch die Pressekommunikation sollte vorher gut abgestimmt werden, um diesbezüglich unangenehme Überraschungen zu vermeiden. Sogar über den Zeitpunkt des Bekanntwerdens eines Bußgeldverfahrens kann und sollte man vorher reden.

Dr. Weber: Eine Verständigung über die Höhe der Geldbuße ist für das behördliche Bußgeldverfahren nicht geregelt, ist aber analog § 257c StPO iVm § 46 Abs. 1 OWiG auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren zulässig. Dies kann während der Hauptverhandlung vor Gericht erfolgen, geschieht in der Praxis häufig aber auch schon im Verfahren vor der Verwaltungsbehörde. Vor der Behörde erfolgt sie zumeist iRe sog. Erörterung des Verfahrensstands. Die Aufsichtsbehörde ist hierzu allerdings nicht verpflichtet, es liegt vielmehr in ihrem Ermessen. Bei kooperativen Verantwortlichen werden sich Behörden einem solchen Versuch aber selten verschließen.

Seitens der Aufsichtsbehörde wird erwartet, dass der Verstoß durch den Verantwortlichen eingeräumt wird. Im Gegenzug wird ein konkreter Bußgeldkorridor in Aussicht gestellt, der gewissermaßen einen „Geständnisbonus“ beinhaltet. Das Ganze wird dokumentiert. Sobald der Verantwortliche den Verstoß einräumt, ergeht zeitnah ein Bußgeldbescheid mit den nach § 66 OWiG erforderlichen Mindestangaben. Der „Geständnisbonus“ berücksichtigt neben der Einräumung des Verstoßes zB, dass die Behörde keine weiteren, möglicherweise aufwändigen Ermittlungen mehr vornehmen muss. Reduzierungen in der hier dargestellten Größenordnung zwischen 25% und 30% sind typischerweise das maximal Erreichbare. Die Aufsichtsbehörde hat auch iRe Verständigung darauf zu achten, dass die vorgeworfene Tat noch mit einer angemessenen und abschreckenden Sanktion belegt wird.

ZD: Nicht in allen Fällen lassen sich Ermittlungsverfahren durch eine Verständigung „geräuscharm“ beenden. Einige wurden bereits mit Bußgeldbescheiden abgeschlossen, die teilweise rechtskräftig geworden sind. Sind die Voraussetzungen für die Bebußung von Unternehmen denn so klar geregelt?

Wybitul: Ja – Art. 83 Abs. 8 DS-GVO verweist ausdrücklich auf das Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten. Es gilt also das deutsche Prozessrecht, also vor allem das Ordnungswidrigkeitengesetz. Die einzelnen Gründe hierfür haben wir in diesem Heft zusammengefasst (Wybitul/Klaas ZD 2023, 498).

Dr. Weber: Aus meiner Sicht sprechen die überzeugenderen Gründe gegen eine Anwendbarkeit von § 30 Abs. 1 OWiG und für einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu Gunsten einer unmittelbaren Verbandshaftung. Mich überzeugt es nicht, § 41 Abs. 1 BDSG iVm § 30 Abs. 1 OWiG auf die Öffnungsklausel in Art. 83 Abs. 8 DS-GVO zu stützen, weil es sich bei der Regelung in § 30 OWiG nicht um eine „Verfahrensgarantie“ handelt, sondern nach meinem Verständnis um eine materielle Zurechnungsregelung. Und selbst wenn man § 30 OWiG in einem Grenzbereich zwischen Verfahrensrecht und materiellem Recht verortete, könnte Absatz 8 nur solche Vorschriften im nationalen Recht tolerieren, die einer effektiven bußgeldrechtlichen

Ahndung nicht entgegenstehen und zu einer Schwächung des unionsrechtlichen Haftungsmodells führen. Hierauf hatte das LG Bonn (ZD 2021, 154 mAnm von dem Bussche = MMR 2021, 173 mAnm Geminn/Johannes) in seiner Entscheidung zur unmittelbaren Verbandshaftung zutreffend hingewiesen. IÜ wäre es mit dem Grundsatz der praktischen Wirksamkeit des Unionsrechts (effet utile) schwerlich zu vereinbaren, wenn eine Sanktionierung von Datenschutzverstößen davon abhinge, ob es einer Aufsichtsbehörde gelingt, unternehmensinterne Verantwortlichkeiten zu klären und nachzuweisen, um die Zurechnung eines Verstoßes einer Leitungsperson zur juristischen Person zu begründen. Dementsprechend ist es erfreulich, dass der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen in der beim EuGH anhängigen Rs. C-807/21 ausgeführt hat, dass der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten nicht so weit reichen könne, dass die Zurechenbarkeit an eine juristische Person durch § 30 OWiG eingeschränkt werde.

Dr. Klaas: Das Argument des Anwendungsvorrangs stößt allerdings dort an seine Grenzen, wo die rote Linie der Verfassungsidentität verläuft. Spannend wird es also, wenn sich das BVerfG zur inhaltlichen Reichweite „unseres“ Schuldprinzips positionieren muss. Ggf. auch im Nachgang zu einer Entscheidung des EuGH. Das nationale Schuldprinzip wird vom BVerfG auch im Rechtsstaatsprinzip verortet. Art. 20 Abs. 3 GG ist seinerseits Bestandteil der „integrationsfesten“ Verfassungsidentität und schützt auch juristische Personen. Daraus folgt: Die deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden und Gerichte müssen Art. 83 DS-GVO im Einklang mit den Anforderungen des nationalen Schuldprinzips auslegen (Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG).

Welche Voraussetzungen das Schuldprinzip an eine strafrechts(ähnliche) Sanktionierung juristischer Personen vorsieht, ist dann allerdings eine andere – und die eigentlich interessanter – Frage. Wann liegt ein individuell vorwerfbares Verhalten einer juristischen Person vor? Bedarf es fahrlässigen/vorsätzlichen Verhaltens einer Leitungsperson? Oder reicht ein entsprechendes Verhalten jedes einfachen Mitarbeiters? Das wurde vom BVerfG bislang offengelassen.

ZD: Welche weiteren rechtlichen Unsicherheiten lassen sich in Bußgeldverfahren als Verteidigungsansätze nutzen?

Dr. Klaas: Aus meiner strafrechtlichen Perspektive: der (unionsrechtliche) Bestimmtheitsgrundsatz. Die Aufsichtsbehörden stützen Bußgeldbescheide oftmals auf einen Verstoß gegen Datenschutzgrundsätze. Diese sind jedoch so abstrakt gehalten, dass sich in streitigen Gerichtsverfahren eine Auseinandersetzung mit den Anforderungen an einen hinreichend bestimmten Bußgeldtatbestand aufdrängt. Stark vereinfacht ausgedrückt soll der datenschutzrechtlich Verantwortliche bzw. der Auftragsverarbeiter mit einem Blick in die DS-GVO erkennen können, welches konkrete Verhalten bußgeldbewehrt ist. Die Grundsätze sind allerdings bereits für sich genommen unbestimmt. Das beste Beispiel ist die Pflicht zur Verarbeitung nach „Treu und Glauben“ bzw. in der englischen Sprachfassung „fairness“. Wo verläuft die rote Linie zwischen einem fairen und unfairen Umgang mit personenbezogenen Daten? Diese Grenzziehung können selbst wir Datenschutzrechtler nicht trennscharf leisten. Das wäre in etwa so, als wenn der deutsche Gesetzgeber eine Straf- oder Bußgeldvorschrift an Verstöße gegen § 242 BGB anknüpfen würde.

Bestimmtheitsprobleme entstehen auch dadurch, dass die datenschutzrechtlichen Grundsätze in weiteren Vorschriften der DS-GVO präzisiert werden. Ein gutes Beispiel ist der Grundsatz

der „Integrität und Vertraulichkeit“. Dieser wird durch spezielle Vorgaben in Art. 32 DS-GVO und in Art. 24 DS-GVO konkretisiert. Art. 32 DS-GVO ist selbst bußgeldbewehrt – Art. 24 DS-GVO dagegen nicht. Dürfen eigentlich nicht bußgeldbewehrte Verstöße gegen Art. 24 DS-GVO dennoch „durch die Hintertür“ als Verstoß gegen den Grundsatz mit einem Bußgeld sanktioniert werden? Der oder die datenschutzrechtlich Verantwortliche dürfte einigermäßen verwirrt sein.

Auch bußgeldbewehrte Konkretisierungen (wie bei Art. 32 DS-GVO) werfen die Frage nach einem eigenständigen Anwendungsbereich auf. Hier werden nicht nur einzelne Tatbestandsmerkmale, sondern ganze Bußgeldtatbestände miteinander „verschliffen“. Ebenso gibt das Konkurrenzverhältnis Rätsel auf. Eine parallele Verwirklichung von bußgeldbewehrtem Grundsatz und bußgeldbewehrter Konkretisierung durch ein und dasselbe Verhalten müsste nach allgemeinen Regeln zu Gunsten der Konkretisierung gelöst werden („Spezialität“). Irritierenderweise knüpft die schärfere Sanktionsandrohung jedoch an den Grundsatzverstoß an. Ausgehend von der Sanktionsandrohung käme zB Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO iVm Art. 32 DS-GVO nie zum Zug. Eine Bußgeldnorm ohne Anwendungsbereich wäre jedoch verfassungswidrig.

Dr. Weber: Auch ich nehme wahr, dass Prozessvertreter vermehrt eine Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes rügen. Erst kürzlich stritt die LfD Niedersachsen in einem Verwaltungsgerichtsverfahren mit einem Verantwortlichen über die Bestimmtheit einer Verfügung, mit der aufgegeben worden war, die Speicherdauer von Videoaufzeichnungen so zu beschränken, dass „in der Regel“ 72 Stunden nicht überschritten werden. Anders als der Kläger hielt das VG die Regelung nicht für unbestimmt, sondern anerkannte, dass durch die Tenorierung Spielraum für Fälle gelassen wurde, in denen ausnahmsweise eine längere Speicherdauer erforderlich ist, etwa auf Grund von Feiertagsabwesenheiten oder wenn das Aufzeichnungsmaterial zur Aufklärung von Schadensfällen oder der Durchsetzung etwaiger Ansprüche benötigt wird.

Die von Herrn Dr. Klaas vorgebrachten Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit kann ich grundsätzlich nachvollziehen, allerdings ist mir von der LfD Niedersachsen kein Fall in Erinnerung, bei welchem isoliert auf eine Verletzung von Datenschutzgrundsätzen abgestellt wurde. Vielmehr werden die Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO durch die weiteren Regelungen der DS-GVO konkretisiert. Die LfD Niedersachsen stützt zB Abhilfemaßnahmen auf Grund einer Verarbeitung ohne Rechtsgrundlage häufig auf die Normenkette Art. 6 Abs. 1, 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO, wobei aus bußgeldrechtlicher Sicht dann Tateinheit vorliegt. Ferner kann der angesprochene Grundsatz von Treu und Glauben in der Praxis durchaus zum Tragen kommen, etwa in dem Fall, dass der Verantwortliche eine Einwilligung erbittet und damit zum Ausdruck bringt, dass die Zulässigkeit der Datenverarbeitung vom Einverständnis des Betroffenen abhängt, dann aber im Falle der verweigerten Einwilligung die Verarbeitung auf eine andere Rechtsgrundlage stützt. Eine solche Verfahrensweise müsste meines Erachtens als widersprüchlich und treuwidrig angesehen werden.

IÜ ist es völlig legitim, im Bußgeldverfahren vielfältige Verteidigungsansätze zu nutzen. Allerdings sollte bei der Wahl der Verteidigungsstrategie ebenso berücksichtigt werden, dass eine Kooperation mit der Aufsichtsbehörde dabei helfen kann, das Bußgeldverfahren schnell abzuschließen, was sich auch bei der Zumessung auf die Bußgeldhöhe auswirken kann und im Ergebnis möglicherweise wirtschaftlich günstiger ist als eine umfassende „Konfliktverteidigung“. Noch viel besser ist es natürlich,

im Unternehmen Vorkehrungen zu treffen, um Datenschutzverstöße von vornherein zu vermeiden. Ein wirksames Datenschutzmanagementsystem kann zur Vermeidung von Verstößen beitragen. Auch die frühzeitige Einbindung des betrieblichen Datenschutzbeauftragten kann helfen, Verstöße zu vermeiden oder ihre Auswirkungen zumindest abzuschwächen.

Wybitul: Da kann ich meinen beiden Vorrednern nur zustimmen. Es gibt in jedem Verfahren unterschiedliche Ansätze, die man zur Verteidigung nutzen kann. Mögliche prozessuale Fehler im Verwaltungs- oder Ermittlungsverfahren oder Schwachstellen bei der Auslegung sind oft ein guter Ansatz für die weitere Verteidigung. Und man sollte sich auch bei einer Konfliktverteidigung stets darauf einstellen, dass man auf einen anderen Ansatz umstellen muss, etwa wenn neue Sachverhalte bekannt werden, die sich negativ auf ein laufendes Verfahren auswirken können.

ZD: Stichwort Sanktionszumessung: Der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) hat am 24.5.2023 seine Leitlinien für die Berechnung von Geldbußen in der finalen Version 2.0 angenommen (s. hierzu ausf. Weber/Rotter/Wybitul ZD 2023, 511 – in diesem Heft). Herr Dr. Weber, beschreiben Sie unseren Lesern bitte in kurzen Worten, wie Ihre Aufsichtsbehörde auf dieser Grundlage die Höhe eines Bußgelds berechnet.

Dr. Weber: Das Standardmodell sieht weiterhin fünf Schritte vor: Nach der Prüfung von Gesetzeskonkurrenzen im ersten Schritt wird mit dem zentralen zweiten Schritt ein Ausgangsbetrag der Geldbuße bestimmt. Zunächst werden die Verstöße in die maßgeblichen gesetzlichen Bußgeldrahmen nach Art. 83 Abs. 4–6 DS-GVO eingeordnet, also in den unteren (bis 10 Mio. EUR bzw. 2% vom Vorjahresumsatz) oder in den oberen Bußgeldrahmen (bis 20 Mio. EUR bzw. 4% des Vorjahresumsatzes). Anschließend wird der Verstoß anhand der Kriterien des Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. a (Art, Schwere und Dauer des Verstoßes), lit. b (Verschuldensform) und lit. g (Kategorien der verarbeiteten personenbezogenen Daten) DS-GVO einem niedrigen, mittleren oder hohen Schweregrad zugeordnet. Für Verstöße mit einem niedrigen Schweregrad ist in den Leitlinien ein Bußgeldkorridor von 0 bis 10% des gesetzlichen Höchstmaßes festgelegt, für Verstöße mit einem mittleren Schweregrad von 10 bis 20% und für Verstöße mit einem hohen Schweregrad von 20 bis 100% des gesetzlichen Höchstmaßes. Sodann wird der Verantwortliche regelmäßig anhand seines Jahresumsatzes in eine von sieben Größenklassen eingeordnet und der zuvor ermittelte Bußgeldkorridor nochmal angepasst (Reduzierung auf 0,2 bis 0,4% in der Größenklasse 1 bis hin zu 40 bis 100% in der Größenklasse 6; keine Reduzierung in der siebten Größenklasse). Je umschwächer die Unternehmensklasse, desto niedriger ist der Rechenfaktor und desto stärker die Reduzierung des Korridors für die Ausgangsbeträge.

Im dritten Schritt werden erschwerende und mildernde Umstände anhand der Kriterien des Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. c–f sowie h–k DS-GVO berücksichtigt. Da die Kriterien des Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. a, lit. b und lit. g DS-GVO bereits im zweiten Schritt zur Ermittlung des Ausgangsbetrags „verbraucht“ wurden, können diese im dritten Schritt nicht erneut herangezogen werden. Im vierten Schritt wird der ermittelte Betrag mit dem maßgeblichen gesetzlichen Höchstbetrag abgeglichen und im letzten, fünften Schritt werden die Wirksamkeit und die Verhältnismäßigkeit des ermittelten Betrages geprüft. Ebenso wird geprüft, ob die Geldbuße hinreichend abschreckend ist, sowohl hinsichtlich des Einzelfalls als auch generell hinsichtlich anderer Verantwortlicher.

Beispiel: Ein Verantwortlicher hat unzureichende technische bzw. organisatorische Maßnahmen ergriffen, wodurch (versehentlich) Videobilder seiner Beschäftigten sowie von Kundinnen und Kunden über einen längeren Zeitraum via Internet öffentlich zugänglich waren. Der Verstoß wurde durch den Verantwortlichen bereits im Verwaltungsverfahren unverzüglich abgestellt. Der Jahresumsatz des Unternehmens beträgt 70 Mio. EUR, wobei das Unternehmen eine hohe Umsatzrentabilität aufweist. Die Aufsichtsbehörde ordnet den Verstoß gegen Art. 32 DS-GVO gem. Art. 83 Abs. 4 DS-GVO dem unteren Bußgeldrahmen zu (10 Mio. EUR / 2% des Vorjahresumsatzes) und wertet den Schweregrad als hoch (20 bis 100% des gesetzlichen Höchstbetrags entsprechen einem Bußgeldkorridor von 2–10 Mio. EUR). Nach seinem Umsatz fällt der Verantwortliche in die Größenklasse 4 (50 bis 100 Mio. EUR Umsatz), wodurch der Korridor laut Bußgeldleitlinien auf einen Betrag zwischen 8% und 20% des Ausgangsbetrags reduziert werden kann. Es ergibt sich somit ein Bußgeldkorridor zwischen 160.000 EUR und 2.000.000 EUR. Unter Berücksichtigung der Umsatzrentabilität (erschwerender Umstand) und des Nachtatverhaltens (mildernder Umstand) und unter Berücksichtigung von Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung könnte die Aufsichtsbehörde hier ein Bußgeld iHv 600.000 EUR festsetzen.

ZD: Herr Wybitul, Herr Dr. Klaas, überzeugen Sie die von dem EDSA beschlossenen Leitlinien?

Wybitul: Nicht so recht. ZB die massive Inbezugnahme des Umsatzes überzeugt mich nicht. Umsatz ist einfach kein tat- oder schuldbezogener Faktor. Aber das wird letztlich wohl der EuGH entscheiden.

Dr. Klaas: Die grundsätzliche Idee der Leitlinien finde ich gut und richtig. Auch die Sanktionsandrohung eines Bußgeldtatbestands unterliegt dem Bestimmtheitsgebot. Die weit gefassten Sanktionsrahmen von Art. 83 DS-GVO bergen die Gefahr willkürlichen Handelns und einer ungleichmäßigen Anwendung durch die unterschiedlichen Aufsichtsbehörden. Aus der rein praktischen Brille ist die Formulierung einheitlicher Zumessungsregeln daher zu befürworten. Denn diese ermöglichen – ähnlich wie die „Sentencing Guidelines“ im US-amerikanischen Strafrecht – eine vorherseh- und überprüfbare Sanktionsentscheidung. Über die konkrete Ausgestaltung der Bildung einer „wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden“ Sanktion lässt sich trefflich streiten. Zu bevorzugen wäre aus meiner Sicht eine (weitere) Konkretisierung von Art. 83 Abs. 2 S. 2 DS-GVO durch den Ordnungsgeber selbst – und nicht durch den EDSA. Eine gesetzliche Präzisierung hätte nicht nur ein höheres demokratisches Legitimationsniveau, sondern auch eine Bindung der Gerichte an die „Leitlinien“ zur Konsequenz.

ZD: Was sind nach Ihrer Erfahrung die typischen Anlässe bzw. Datenverarbeitungen, die zu Bußgeldverfahren führen?

Dr. Weber: Ein häufiger Anlass in Niedersachsen für die Einleitung von Bußgeldverfahren ist die unzulässige Videoüberwachung, vor allem durch Arbeitgeber, die ihre Beschäftigten sowie Kundinnen und Kunden per Video überwachen. Ferner geht es immer häufiger in Bußgeldverfahren um unzureichende technisch-organisatorische Maßnahmen, wobei die Sachverhalte sehr unterschiedlich sein können. Sanktionierte Verstöße in Niedersachsen betrafen etwa die auf Grund einer Fehlkonfiguration über das Internet frei zugänglichen Kamerabilder eines Ladengeschäfts, die im Internet zugängliche Kundendatenbank, deren Zugriffsschutz nur aus einer besonders langen Adresse

mit augenscheinlich zufälliger Zeichenkombination bestand, der Einsatz einer veralteten Web-Shop-Software mit erheblichen Sicherheitslücken, der Betrieb eines E-Mail-Newslettersystems, das über einen relevanten Zeitraum keine Abmeldungen zuließ oder der Betrieb eines Servers und der Backup-Technik in einem für den Publikumsverkehr öffentlich zugänglichen Raum. Sehr häufig führt die LfD Niedersachsen überdies Bußgeldverfahren wegen des unzulässigen Einsatzes von Dashcams in Kraftfahrzeugen, sofern anlasslos Videosequenzen aufgezeichnet werden.

Ferner leitet die LfD Niedersachsen Ordnungswidrigkeitenverfahren ein, wenn eine weitere Aufklärung notwendig ist, das Verwaltungsverfahren dafür nicht geeignet und der im Raum stehende Vorwurf grundsätzlich bußgeldwürdig ist. Neben der Befragung von Zeuginnen und Zeugen kommt nach richterlichem Beschluss die unangekündigte Durchsuchung von Geschäfts- und Wohnräumen in Betracht. Der Vorteil des Bußgeldverfahrens liegt darin, dass Sachen und Unterlagen als Beweismittel sichergestellt werden können, notfalls auch gegen den Willen des Betroffenen.

Dr. Klaas: Nach meinem Eindruck: die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 DS-GVO. Insbesondere mögliche Verstöße beim Umgang mit Gesundheitsdaten rufen die Sanktionsstellen auf den Plan. Oftmals werden hierbei die ergriffenen technischen und organisatorischen Maßnahmen auf den Prüfstand gestellt. Ein nahezu „klassischer“ Anlass sind zuvor erfolgte Meldungen von Datenschutzverstößen an die Aufsichtsbehörden nach Art. 33 DS-GVO. Bereits das Erstellen der Meldung und die unmittelbaren Reaktionen des Unternehmens sollten daher unbedingt auch aus der bußgeldrechtlichen Brille betrachtet werden. Zügig ergriffene Abhilfemaßnahmen sowie eine transparente Kooperation mit den Aufsichtsbehörden – sanktionsrechtlich: „positives Nachtatverhalten“ – haben sich schon oft bezahlt gemacht. Daneben sieht § 43 Abs. 4 BDSG für die Inhalte der Meldungen iÜ ein Verwendungsverbot vor. Dh die Inhalte unterliegen in einem Bußgeldverfahren nicht nur einem Verwendungsverbot, sondern dürfen auch nicht als sog. „Spurensatz“ den Ausgangspunkt für weitere Ermittlungshandlungen bilden. Das kann – je nach Fallgestaltung – die Möglichkeiten zur Einleitung eines Bußgeldverfahrens erheblich einschränken. Bezieht sich die Einleitungsverfügung der Bußgeldstelle auf privilegierte Inhalte, ergeben sich erfolgsversprechende Verteidigungsansätze.

Dr. Weber: Ich beziehe das Verwendungsverbot nur auf den Pflichtinhalt einer Meldung nach Art. 33 Abs. 3 DS-GVO. Wir haben beispielsweise eine Datenpannenmeldung schon zum Anlass genommen, die Internetseite eines Verantwortlichen unter technischen Gesichtspunkten umfassend zu prüfen und dabei weitergehende Verstöße festgestellt und deswegen ein Bußgeldverfahren eingeleitet.

Dr. Klaas: Soweit Anlass der Überprüfung der Internetseite allein die durch den Verantwortlichen zuvor gemeldete Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten nach Art. 33 Abs. 1 DS-GVO war, steht § 43 Abs. 4 BDSG nach meinem Dafürhalten der späteren Einleitung eines Bußgeldverfahrens im Weg. Das strikte Verwendungsverbot darf nicht durch ein „pro forma“ dazwischengeschaltetes verwaltungsrechtliches Prüfverfahren umgangen werden. Stößt eine Meldung nach Art. 33 Abs. 1 DS-GVO ein – durchaus mögliches – verwaltungsrechtliches Prüfverfahren an, werden hierbei gewonnene Anhaltspunkte für ein bußgeldrelevantes Verhalten vom Verwendungsverbot „infiziert“.

Wybitul: Wir sehen ebenfalls ganz unterschiedliche Anknüpfungspunkte für Prüf- oder Ermittlungsverfahren. Die Behörden sehen gerade bei den Transparenzpflichten gegenüber betroffenen Personen und bei der Unabhängigkeit und Ausstattung des Datenschutzbeauftragten immer genauer hin. Aber auch bei Webseiten prüfen die Datenschutzbehörden sehr genau. Neben Verfahren nach Art. 83 DS-GVO ermitteln die Behörden zunehmend auch wegen möglichen Verstößen gegen das TTDSG. Auch diese Verfahren darf man nicht unterschätzen. Zwar sieht § 28 TTDSG „nur“ Bußgelder von bis zu 300.000 EUR vor. Aber dieser Betrag kann überschritten werden, um aus der Tat gezogene wirtschaftliche Vorteile abzuschöpfen. Und die Behörden wissen sehr wohl, dass sie die wirtschaftlichen Vorteile auch schätzen dürfen. Das kann in der Praxis zu unerfreulichen Überraschungen führen, wenn die betroffenen Unternehmen ihr Maximalrisiko zuvor mit 300.000 EUR bewertet hatten.

ZD: Und welche Unternehmen bzw. welche Branchen stehen derzeit im Fokus der Datenschutzbehörden?

Dr. Weber: Bei der LfD sind für dieses Jahr eine Reihe anlassloser Kontrollen in unterschiedlichen Branchen geplant oder bereits in Ausführung. Bei der Bearbeitung von Beschwerden und Datenpannenmeldungen, die immer noch einen Großteil der Arbeit der Aufsichtsbehörden einnimmt, haben es die Aufsichtsbehörden dagegen nur bedingt in der Hand, sich auf bestimmte Verantwortliche zu fokussieren. Wenn allerdings Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter eine gewisse Größe und Marktdurchdringung erreicht haben, wird es zunehmend wahrscheinlich, dass ihnen gegenüber Beschwerden bei den Aufsichtsbehörden eingereicht werden. Zurückgehend auf Datenschutzbeschwerden hat zB die federführende irische Aufsichtsbehörde in den vergangenen Monaten, auf der Grundlage von verbindlichen Beschlüssen des EDSA in Streitbeilegungsverfahren gem. Art. 65 Abs. 1 lit. a DS-GVO, Bußgelder im insgesamt mittleren dreistelligen Millionenbereich gegenüber Unternehmen aus den Bereichen Social Media und Messaging verhängt. Obwohl die Bußgelder noch nicht rechtskräftig sind, wurde hiermit ein deutliches Zeichen für einen wirksamen Vollzug der DS-GVO in Europa auch gegenüber global tätigen Big Tech-Unternehmen gesetzt. (Das von der irischen Aufsichtsbehörde im Mai 2023 gegenüber einem Social-Media-Unternehmen auf der Grundlage einer EDSA-Entscheidung im Kohärenzverfahren ausgesprochene, noch nicht rechtskräftige Bußgeld über 1,2 Mrd. EUR, erging iRe von Amts wegen durchgeführten Untersuchung, die aber zumindest eine Vorgeschichte in einem Beschwerdesachverhalt hat, s. ZD-Aktuell 2023, 01216).

Wybitul: Auch ich habe aus meiner anwaltlichen Beratung den Eindruck, dass die Behörden ihre im EDSA abgestimmte und kommunizierte „enforcement strategy“ ziemlich konsequent umsetzen und sich vor allem mit umsatzstarken Unternehmen bzw. Konzernen befassen, die personenbezogene Daten vieler betroffener Personen verarbeiten.

Dr. Klaas: Nach meinem Eindruck stehen insbesondere Unternehmen aus dem Gesundheitssektor im Fokus der Aufsicht, wie zB Krankenhäuser oder MVZs. Aber auch Zahlungsdienstleister – die eine Vielzahl sensibler und aufschlussreicher Informationen verarbeiten – spüren zunehmend die härtere Gangart der Datenschutzaufsichtsbehörden.

ZD: Schauen wir in die Zukunft. Was glauben Sie, welche Entwicklungen wir in Bezug auf Datenschutz-Geldbußen in den nächsten Jahren sehen werden?

Dr. Weber: Ich denke, dass EDSA und Aufsichtsbehörden die Harmonisierung der Geldbußen im EWR weiter vorantreiben

werden. Vor allem die Streitbelegungsverfahren des EDSA, die an sich primär zur Klärung von zwischen den Aufsichtsbehörden strittigen Rechtsfragen konzipiert sind, haben sich zunehmend zu einem Harmonisierungsinstrument für Bußgeldhöhen entwickelt. Der EDSA hat schon mehrfach in Verfahren nach Art. 65 Abs. 1 lit. a DS-GVO festgestellt, dass ein von der federführenden Aufsichtsbehörde ermitteltes Bußgeld nicht wirksam, verhältnismäßig und abschreckend ist und ihr aufgegeben, die Geldbuße neu zu bewerten und einen höheren Bußgeldbetrag festzusetzen. Im Lichte der detaillierten Vorgaben zur Methodik der Bußgeldberechnung ist damit zu rechnen, dass der EDSA in künftigen Streitbelegungsverfahren der federführenden Aufsichtsbehörde noch deutlich präzisere Vorgaben geben wird, um auf eine einheitliche Bußgeldfestsetzung hinzuwirken. Ferner dürfte perspektivisch das Thema Vorteils-/Gewinnabschöpfung bei der Bußgeldberechnung verstärkt in den Blick der Aufsichtsbehörden geraten.

Darüber hinaus wäre es natürlich sehr wünschenswert, wenn der Bundesgesetzgeber iRe BDSG-Novellierung die Befugnisse der Datenschutzbehörden weiter an die der Kartellbehörden angleichen würde. Das betrifft zB die Regelung von Auskunftsbeugnissen insbesondere zu wirtschaftlichen Kennzahlen nach § 59 GWB oder Mitwirkungspflichten bei Durchsuchungen nach § 59b Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB, jeweils flankiert durch Bußgeldvorschriften für den Fall der Zuwiderhandlung. Das BMI hatte in seinem Evaluierungsbericht zum BDSG 2021 zumindest in Aussicht gestellt, einen etwaigen gesetzgeberischen Handlungsbedarf prüfen zu wollen.

Wybitul: Ich gehe ebenfalls von einer weiteren Professionalisierung der Datenschutzbehörden auch im Bereich der Geldbußen aus. Das wird sowohl Bußgelder nach Art. 83 DS-GVO als auch nach § 28 TTDSG betreffen. Wir werden weiterhin noch mehr Verfahren und höhere Geldbußen sehen, sowohl auf nationaler Ebene als auch EU-weit. Bei vielen Sachverhalten können Vorstände aber nur sehr schlecht Verständigungen über zuvor ausgehandelte Bußgelder treffen. Gleichzeitig wird die Anzahl an streitigen Verfahren steigen, die vor Gericht entschieden werden. Auch auf den EuGH wird hier weiterhin einiges zukommen. Neben offenen Fragen wie der von der DSK geforderten „strict liability“ geht es ja auch in vielen Fällen um die Auslegung materiell-rechtlicher Handlungsvorgaben der DS-GVO. Im Bereich „privacy litigation“, also datenschutzrechtlichen Verfahren vor Gericht, wird uns allen vermutlich die Arbeit so bald nicht ausgehen.

ZD: Herr Dr. Klaas, zum Abschluss noch einmal ein Blick auf die „weiteren Sanktionen“ iSv Art. 84 DS-GVO. Spielt der Straftatbestand des § 42 BDSG für unberechtigte Datenverarbeitungen in Ihrer Praxis eine Rolle?

Dr. Klaas: Die strafrechtliche Verfolgung von Verstößen gegen die DS-GVO bzw. das BDSG bekommt sicherlich nicht die Aufmerksamkeit, die momentan das Bußgeldrecht erfährt. Und auch in Zukunft dürften hier Bußgelder gegen Unternehmen im Mittelpunkt stehen. Die Strafvorschrift aus § 42 BDSG ist für verschiedene Staatsanwaltschaften, mit denen ich zu tun habe, allerdings keine „versteckte Dunkelnorm“ mehr. Insbesondere die

Leitungspersonen von Unternehmen laufen Gefahr, im Sog eines datenschutzrechtlichen Bußgeldverfahrens plötzlich mit einer Einleitungsverfügung der Staatsanwaltschaft konfrontiert zu werden. Die strafrechtlichen Begleitrisiken für Geschäftsführer und Vorstände sollten bei der Unternehmensverteidigung unbedingt im Auge behalten werden.

Nach meiner Wahrnehmung machen die Aufsichtsbehörden von ihrem eigenen Strafantragsrecht aus § 42 Abs. 3 S. 2 BDSG bislang nur zögerlich Gebrauch. Die gestellten Strafanträge stammen überwiegend von den Betroffenen selbst. Herr Dr. Weber, hat Ihre Aufsichtsbehörde bereits Strafanträge wegen des Anfangsverdachts nach § 42 Abs. 1, 2 BDSG gestellt?

Dr. Weber: Die LfD Niedersachsen hat bisher in vereinzelt Fällen Strafanträge gem. § 42 Abs. 3 BDSG gestellt. Darüber hinaus gibt die LfD Niedersachsen unabhängig vom Stellen eines Strafantrags regelmäßig Vorgänge gem. § 41 OWiG an die Staatsanwaltschaft ab, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass der untersuchte mutmaßliche Datenschutzverstoß zugleich eine Straftat nach § 42 BDSG oder einem anderen Straftatbestand (zB § 201 StGB) darstellt. Allerdings sieht die Staatsanwaltschaft nach unseren Praxiserfahrungen häufig davon ab, ein Strafverfahren nach § 42 Abs. 1 oder 2 BDSG einzuleiten, weil die Straftatbestände mit Gewerbsmäßigkeit (Absatz 1) oder Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht (Absatz 2) recht hohe Tatbestandshürden beinhalten. Sofern die Staatsanwaltschaft die Verfolgung nicht übernimmt, gibt sie den Vorgang der LfD zur weiteren Bearbeitung als Ordnungswidrigkeit zurück. Allerdings muss dies für den Betroffenen nicht immer ein Vorteil sein. Auch wenn das Ordnungswidrigkeitenrecht traditionell als „kleine Schwester“ des Strafrechts gilt, liegt das gesetzliche Höchstmaß einer Geldbuße nach Art. 83 Abs. 5–6 DS-GVO deutlich über dem Höchstbetrag einer möglichen Geldstrafe nach Tagessätzen.

ZD: Vielen Dank für das Gespräch und die interessanten, unterschiedlichen und facettenreichen Einblicke in die aktuelle datenschutzrechtliche Sanktionspraxis in Deutschland.

Dr. Arne Klaas, Rechtsanwalt bei Krause & Kollegen in Berlin, Dr. Marc Philipp Weber, Referatsleiter bei der Landesbeauftragten für den Datenschutz Niedersachsen in Hannover, und Tim Wybitul, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der Sozietät Latham & Watkins LLP in Frankfurt/M. sowie Mitheerausgeber der ZD, im Gespräch mit Anke Zimmer-Helfrich, Leiterin Zeitschriften Recht der Neuen Medien und Chefredakteurin der ZD im Verlag C.H.BECK oHG in München.

